

JULIANA BARON

**A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA CONTRATUAL CLÁSSICO NO ÂMBITO
DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel
em Direito, Curso de Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientadora: Prof.^a Carmen Lúcia
Silveira Ramos**

**CURITIBA
2002**

**A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA CONTRATUAL CLÁSSICO NO ÂMBITO
DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**CURITIBA
2002**

JULIANA BARON

**A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA CONTRATUAL CLÁSSICO NO ÂMBITO
DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel
em Direito, Curso de Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientadora: Prof.^a Carmen Lúcia
Silveira Ramos**

Visto: 

**CURITIBA
2002**

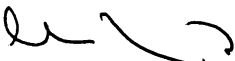
TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA BARON

A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA CONTRATUAL CLÁSSICO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:


Prof.ª Carmen Lúcia Silveira Ramos
(Departamento de Direito Civil e Direito Processual Civil)

Examinadores:


Prof. José Antônio Peres Gediell
(Departamento de Direito Civil e de Direito Processual Civil)


Prof. Sérgio Seleme
(Departamento de Direito Civil e de Direito Processual Civil)

Curitiba, 19 de novembro de 2002

À Carlos e Mary, cujo apoio e
carinho foram decisivos no
desenvolvimento deste trabalho.

À Prof.^a Carmen Lúcia Silveira
Ramos,
pelas horas dedicadas à laboriosa
tarefa de orientação,
pela seriedade e profissionalismo
com que sempre nos tratou,
e, sobretudo, por nos auxiliar,
jovens estudantes, a compreender o
universo do Direito,
minha sincera gratidão.

Um contrato não pode, em suma, ser desligado da trama de interesses e de estimativas que condiciona sua gênese e desenvolvimento, de modo que o laço contratual deixa de ser uma relação abstrata entre dois sujeitos, isolados do todo social a que pertencem, para inserir-se nas conjunturas histórico – sociais, que muitas vezes alteram em sua substância o alcance das declarações de vontade.

Miguel Reale

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
1. INTRODUÇÃO.....	1
2. CONTRATOS: DO MODELO CLÁSSICO ÀS RELAÇÕES DE MASSA	
2.1 Modelo clássico – contexto de sua consolidação.....	03
2.2 O dogma da autonomia da vontade.....	05
2.3 A Revolução Industrial e a massificação das relações contratuais.....	08
2.4 Características dos contratos de massa.....	10
3. CONTRATOS DE CONSUMO	
3.1 A perspectiva brasileira.....	12
3.2 O advento do Estatuto de Defesa do Consumidor.....	15
3.3 As novas técnicas contratuais.....	17
3.4 A identificação da relação de consumo.....	21
3.5 Principiologia.....	26
4. BOA – FÉ E JUSTIÇA CONTRATUAL	
4.1 A boa – fé na formação e execução do contrato.....	29
4.2 Igualdade real e equitatividade das prestações.....	34
4.3 Cláusulas abusivas.....	38
4.4 Revisão judicial e controle do contrato.....	41
5. CONCLUSÃO.....	46
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

RESUMO

Analisa-se a evolução do instituto contratual, tendo como marco inicial dessa análise o período de consolidação do paradigma clássico (início do século XIX). São enfocadas as transformações econômicas, sociais e políticas que ocorreram ao longo do tempo, as quais fizeram com que citado modelo passasse a ser contestado. As negociações massificaram-se e cresceram em importância as relações de consumo. Como consequência, apareceram também novas formas de contratar. Nesse processo de superação do modelo clássico, destacam-se as características peculiares da realidade brasileira. É no contexto nacional que são abordados os contratos de consumo, bem como seus princípios norteadores.

1. INTRODUÇÃO

O Liberalismo jurídico consolidou suas orientações político-econômicas em um instituto do Direito Privado: o contrato clássico.

Amplamente empregado e defendido pela sociedade europeia do início do século XIX, esse modelo contratual ancorado na igualdade formal e na liberdade regeu soberanamente o tráfico de mercadorias, até que o modo de produção sofresse uma profunda modificação.

Em um primeiro momento, a Revolução Industrial, originada do advento de avanços tecnológicos e do próprio incremento da produção agrícola, fez com que a produção familiar fosse, paulatinamente, sendo abandonada.

Alterando-se, destarte, o contexto político – econômico, as negociações privadas não poderiam mais se restringir a um nível exclusivamente intersubjetivo. Assim, a base de sustentação do paradigma contratual clássico começava a ruir.

Em virtude da formação de grandes mercados consumidores, surgem novas formas de intercâmbio de mercadorias.

As características destas recém surgidas técnicas contratuais, aliadas ao contexto sócio – político da Europa no início do século XX, fizeram com que o Estado, antes alheio aos negócios privados, assumisse um papel intervencionista em vários setores.

Se este é o cenário europeu-continental, o panorama brasileiro apresentou-se diverso.

O modelo do contrato clássico, que aqui também fora implantado, sendo positivado pelo Código Civil de 1916, somente tardiamente começou a sofrer revezes, posto que o processo de industrialização brasileiro foi tardio.

Hoje é inegável que, no Brasil, como em todo o mundo ocidental, as contratações não mais se dão exclusivamente em um patamar individual; ao contrário, predominam na sociedade contemporânea de consumo os denominados contratos de adesão, contratos sujeitos a condições gerais, entre outras técnicas contratuais de massa.

É, portanto, com base em uma análise comparativa entre a realidade burguesa do fim do século XVIII, e, as transformações ocorridas a partir da Revolução Industrial até os dias atuais, é possível compreender as razões pelas quais o paradigma contratual clássico, calcado nos princípios liberais, foi, gradualmente, sendo alterado.

2. CONTRATOS: DO MODELO CLÁSSICO ÀS RELAÇÕES DE MASSA

2.1 Modelo clássico – contexto de sua consolidação

A primeira menção que se faz ao estudar o paradigma contratual clássico, numa perspectiva de historicidade, situa-se na França, em fins do século XVIII e início do século XIX. Foi nesse período que ocorreu a consagração de citado modelo.

No âmbito da política, vivia-se então a instauração do Estado Liberal, quando a classe burguesa logrou efetivamente deter consigo não apenas o poder econômico, mas também o político. O Estado assumiu um papel de não intervenção nas relações privadas, agindo somente para tutelar exatamente essa faculdade de liberdade de ação do indivíduo. Era o ideal do *laissez faire laissez passer*.

No aspecto sócio - jurídico verificava-se uma sociedade eminentemente individualista e patrimonialista, em que o indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na sociedade civil, a qual se contrapunha ao Estado. O Direito fundava-se assim nos institutos: contrato, propriedade e família. Em regra, as relações privadas se davam num padrão intersubjetivo, não envolvendo a idéia de coletividade.

No campo econômico, o liberalismo propunha igualmente a mínima interferência estatal. Desta forma, a concepção tradicional de contrato inseria-se perfeitamente nas necessidades da economia do período, fundada na perspectiva do dogma da autonomia da vontade, que traduzia a liberdade contratual.

A teoria do direito acabou por dar forma conceitual ao liberalismo econômico da época. Conforme observado por Paulo Nalin: “O contrato era tido como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se em adequado e legítimo mecanismo para que a classe em ascensão (burguesa) tivesse, à sua disposição, um meio legal para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema jurídico que era o real imobiliário”¹.

¹ NALIN, P. *Do contrato: conceito pós-moderno* – Em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 109.

Paralelamente, propagou-se a doutrina Positivista, através do movimento de Codificação. A orientação positivista representava, hipoteticamente, a busca da razão pura, pretendendo-se construir uma ciência jurídica que fosse “neutra” no plano político ou moral, afastando de seu campo de estudo quaisquer elementos metajurídicos. A tarefa do jurista deveria circunscrever-se à sistematização e teorização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos. A “ciência do direito” restringia-se ao estudo da lei positiva e ao estabelecimento da tese da estabilidade do direito. Nas palavras de Michel Mialle o positivismo teve no Código de Napoleão de 1804 uma das formas de sua manifestação².

Interessante é a relação entre as teorias positivistas e o próprio dogma da autonomia da vontade.

A valorização da vontade iniciou-se já com os ideais do Jusnaturalismo do século XVIII: preservava-se a vontade íntegra do indivíduo por ele estar no centro das preocupações humanas. Sob essa ótica defendeu-se os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade.

Tal teoria se contrapunha ao Positivismo. Isso, porque, conforme já mencionado, os positivistas não aceitavam quaisquer outros elementos que não fossem aqueles internos ao ordenamento.

Logo, o discurso positivista de justificativa da preponderância da autonomia da vontade é o de que esta é elevada ao mesmo nível da lei “porque a própria lei assim dispôs” (art. 1.134 do Código de Napoleão).

Flagrante é o paradoxo, pois, ao adotarem a autonomia da vontade como dogma os defensores do Positivismo internalizavam uma idéia originalmente Jusnaturalista.

² MIALLE, M. *Introdução Crítica ao Direito*. 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1989, p. 47.

2.2 O dogma da autonomia da vontade

A base de toda a teoria clássica dos contratos assenta-se sobre o princípio da autonomia da vontade, em pleno vigor durante o século XIX, período do Estado Liberal. Esse princípio, em seu aspecto político – econômico, correspondeu à fórmula do *laissez faire laissez passer*. As normas jurídicas privadas eram redigidas no sentido de, ideologicamente, assegurar a liberdade contratual.

Savigny³, sintetizou essa idéia através de sua definição de contrato, caracterizando-o como a união de mais de um indivíduo para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes.

A valorização da vontade não pode ser encarada isoladamente dos ideais da época, inclusive do positivismo, conferindo o Código Civil Francês de 1804 o caráter de lei ao contrato. A idéia de liberdade contratual estava então positivada no ordenamento.

Pelo método da codificação, os positivistas acabaram por acolher como objeto de estudo – que era precipuamente a legislação – elementos de cunho jusnaturalista, na medida em que a autonomia da vontade tem suas raízes nesse ramo jurídico – filosófico⁴.

Assim, muito embora o auge da teoria contratual clássica e a prevalência do princípio da autonomia da vontade tenham coincidido com o Positivismo, ambos sofreram influência de fatores diversos, como as concepções da Idade Média e do século XVIII, em especial os valores disseminados pela Revolução Francesa e pelo Nacionalismo.

³ Zweigert/Koetz, p. 6, apud MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30.

⁴ Em contraposição, Renata Mandeulbaum entendeu haver um “conflito entre positivismo e o dogma da autonomia da vontade”; segundo a autora: “A oposição da doutrina positivista ao primado da autonomia da vontade desencadeou o normativismo jurídico, do qual destacamos Kelsen como expoente, observando o autor que o conjunto de normas compunha a realidade jurídica. Em outras palavras, a realidade jurídica era composta exclusivamente do conjunto normativo, assim sendo irrelevante indagar-se do querer humano. O dogma da autonomia da vontade sofreu grande revés, passando a subordinar-se ao rigor da observação positiva.”(MANDELBAUM, R. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 54).

Na Idade Média, o direito canônico defendeu a validade da força obrigatória da promessa, buscando sobrepujar o formalismo e a solenidade, resquícios provenientes do Direito Romano. A forma, requisito essencial nos denominados contratos solenes, constituía-se num obstáculo à divulgação da “fé cristã”, na medida em que esta se valia primordialmente da palavra falada, e não da escrita. O indivíduo deveria crer na palavra dita, pois este era o meio de pregação original.

O Direito Natural racionalista influenciou a consolidação do dogma da autonomia da vontade, em particular a partir das idéias de Kant⁵.

Segundo Kant, a pessoa humana seria um ente de razão, fonte fundamental do direito, sendo através de seu agir e de sua vontade que o direito se realizaria. As próprias leis só teriam força sobre os homens se fossem estabelecidas pelos próprios homens que a elas se submetiam; assim se daria com o contrato. Logo, a liberdade de contratar seria uma das liberdades naturais do homem.

Observe-se, dentro da mesma linha de raciocínio, a influência das idéias iluministas de ordem política, em especial a de contrato social formulada por Rousseau. Nesta teoria, reencontra-se o dogma da vontade livre do homem, sob o enfoque de que a autoridade estatal teria seu fundamento no consentimento dos indivíduos. O Estado envolveria um “contrato social”, em que as vontades uniriam-se para formá-lo.

Esses fatores, somados ao contexto histórico do século XIX, proporcionaram que o princípio da autonomia da vontade fosse erigido à categoria de dogma.

A autonomia da vontade oitocentista se manifestava através da chamada liberdade contratual. Inicialmente, isso significava a possibilidade de optar em contratar ou se abster de fazê-lo, fixando-se, a seguir, o conteúdo contratual e o limite das obrigações. Dessa liberdade de manifestação decorria a obrigatoriedade do vínculo que se formava.

Vale dizer: uma vez expressa a vontade, as partes estariam ligadas uma a outra de forma tal, que as obrigações advindas do pacto não poderiam ser descumpridas, a não ser em caso de força maior ou caso fortuito.

⁵ Kant/*Grundlegung zur Methaphysik ser Sitten*, p. 375, apud. MARQUES, op. cit., p. 33.

Considerava-se que os contratantes encontravam-se sempre em condições de igualdade, ainda que faticamente uma das partes tivesse reduzido poder de negociação (igualdade formal).

A conclusão a que se chegava era a seguinte: se as partes contratavam “de igual para igual”, e se sua vontade não era viciada, o negócio deveria produzir todos os seus efeitos.

A partir do momento em que o liberalismo começa a perder força, a autonomia da vontade passou a ser questionada, reconhecendo-se as distorções provenientes da aplicação de uma liberdade plena, envolvendo abusos de todas as ordens, quer criando-se vantagens descabidas para o contratante mais forte, quer impedindo-se o contratante mais fraco de exercer seus direitos.

Em virtude dessas circunstâncias, o papel do Estado alterou-se, assumindo este uma feição intervencionista, a fim de restabelecer o equilíbrio contratual, através de restrições de ordem pública.

O abandono do princípio da autonomia da vontade, na sua feição tradicional, é facilmente compreendida se vislumbrado esse princípio conforme visto por Paulo Luiz Neto Lobo, como um princípio político, e não jurídico, estando seus fundamentos ideológicos associados às opções políticas do período em que vigorou⁶.

Modificados os pressupostos políticos e ideológicos que lhe serviram de base, o princípio enfraqueceu, não encontrando mais elementos de sustentação. Frente a uma nova realidade igualitarista, o princípio teve que ser revisto e reestruturado. Para o citado autor, não seria nem o caso de readaptar a teoria tradicional dos contratos aos fatos novos, mas seria o caso de construção de outra teoria jurídica contratual.

⁶ LOBO, P. L. N. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 14.

2.3 A Revolução Industrial e a massificação das relações contratuais

Já a partir da segunda metade do século XVIII, começou a ocorrer na Inglaterra um processo de deslocamento da economia agrícola para as fábricas, caracterizando o início da Revolução Industrial. Graças ao incremento do processo agrícola de produção, gêneros alimentícios foram colhidos em grande escala, gerando um excedente em relação ao consumo, possibilitando a geração de matéria prima que viria a ser utilizada nas futuras indústrias.

A crescente extração de minérios proporcionou a instalação de portos e o aperfeiçoamento da navegação interna, resultando na expansão do mercado industrial inglês.

Em fins do século XIX, a Grã-Bretanha não era mais a única nação industrializada, seguindo a mesma linha nações como a França, a Bélgica e a Alemanha.

Alguns tempo depois, o modelo fabril passou a imperar não somente em toda a Europa Ocidental como também na América, fazendo surgir uma categoria de indivíduos: os operários.

Neste novo quadro, passaram a ser flagrantes as situações de desigualdade entre os indivíduos. De um lado, o detentor dos meios de produção, e de outro, a grande massa operária, cujo único bem era a força de trabalho.

Com relação a essa primeira etapa do capitalismo industrial e seus efeitos para a recém – surgida classe operária, observou Paulo Bonavides: “O triste capítulo da primeira fase da revolução industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia com justiça equiparar”⁷.

Sob o ponto de vista político, a teoria do liberalismo, que representou, em síntese, os interesses da burguesia, começou a sofrer forte oposição, na medida em que

⁷ BONAVIDES, op. cit. p. 32.

se tornou visível o seu caráter abstracionista, cujo fim era resguardar-se das insurgências do “terceiro estado” francês.

A generalização doutrinária propagada pela classe burguesa perdeu efetividade face à gritante realidade social, provando-se que na verdade livres eram somente os burgueses. Os esquemas de Estado jurídico puro e de logicismo exagerado se mostraram inócuos diante dos quadros sociais.

Constatou-se que a igualdade sustentada pelo liberalismo era apenas formal, encobrindo sob suas abstrações um sem número de desigualdades econômicas, sociais e políticas. Conforme asseverado por Bonavides, referindo-se a Bismarck, “a apregoada liberdade do liberalismo, (...) traduz-se numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome”⁸.

Nesse momento é que o Estado adota uma posição intervencionista, tentando restabelecer o equilíbrio do sistema, com sua primeira intervenção de destaque no universo privado: o Direito do Trabalho. Convém ressaltar, entretanto, que tal intervenção, muito embora tome um caráter social, de proteção ao contratante mais fraco, teve também como objetivo resguardar os interesses capitalistas, colocando sob o poder estatal o controle dos trabalhadores.

O Estado tomou a forma do que se convencionou denominar *Welfare State* (Estado de Bem Estar Social), criando-se institutos jurídicos sociais, como subsídios populares para aquisição de moradias, direitos trabalhistas, previdência social, crediários para fins de consumo.

Logo, verificou-se no século XX o advento de uma sociedade em que as relações tornaram-se massificadas, em decorrência do implemento do novo sistema produtivo, baseado na concentração empresarial e no abandono paulatino da produção familiar. A massa operária, além de servir como mão de obra para a indústria veio a constituir os grandes mercados consumidores. O mercado tornou-se competitivo. Houve um redimensionamento social, com a estratificação das pessoas, ou seja, formaram-se dois blocos distintos: o dos empregados e o dos empregadores. Não

⁸ Ibid., p. 34.

tardou que essa nova realidade tornasse inadequados os institutos jurídicos existentes à época.

2.4 Características dos contratos de massa

A autonomia privada passou a significar o poder de auto – regulamentação que têm os indivíduos na esfera privada, dentro de limites pré – fixados.

Em um primeiro momento houve uma intervenção estatal, no sentido de favorecer os mais fracos, mediante meios jurídicos que restabelecessem o equilíbrio das partes. Após, constatou-se o dirigismo contratual, através de uma ação mais efetiva, expressa na legislação específica elaborada para reger as relações particulares.

Essa atuação que assumiu o Estado está intimamente relacionada às características do contrato de massa.

A contratação em massa foi fruto direto do dinamismo nas relações comerciais e econômicas, bem como do aumento de mercados consumidores.

Por razões de economia, racionalização, praticidade e segurança, as empresas, ou mesmo o Estado (quando, por exemplo, é o responsável pelo fornecimento de serviços públicos), passaram a predispor um esquema contratual (cláusulas pré – redigidas) dirigidas a contratantes ainda indeterminados.

A fixação anterior do conteúdo do contrato, de maneira unilateral e uniforme por uma das partes contratantes, rompe com o dogma da autonomia da vontade, pois o contratante aderente não mais participa da elaboração desse conteúdo, restando-lhe somente a possibilidade de aderir ou não ao que lhe é apresentado.

O acordo de vontades torna-se mais aparente do que real.

Há que se considerar ainda o desnível dos contratantes – daquele que detém o poder de dispor das cláusulas contratuais e do outro que muitas vezes se vê impelido a contratar. Esse fator rompe com outro princípio, que é subsidiário à autonomia da vontade: a liberdade contratual. Há determinadas situações que se revestem de caráter imprescindível para o indivíduo, tais como fornecimento de serviços essenciais (água, luz,...), nas quais ele se vê obrigado a aderir ao contrato.

Além disso, verifica-se que os contratos de massa são despersonalizados, dirigidos ao anonimato, relacionados a uma multilateralidade. Essas relações massificadas anônimas tendem à automatização, ou seja, expressam-se através de tickets, bilhetes, bônus. Em muitos casos, as condutas socialmente típicas substituíram a declaração de vontade na conclusão do contrato⁹.

Há que se referir ainda que a contratação em massa não exige a capacidade civil do indivíduo; tal é o caso dos chamados contratos por comportamento concludente, ou, condutas socialmente típicas¹⁰.

⁹ Um exemplo de conduta socialmente típica: quem toma um ônibus está obrigado a pagar o preço da passagem, ainda que não pretendesse tomar referido ônibus.

¹⁰ No exemplo acima citado, o indivíduo poderia ser um menor que ainda assim haveria contrato por comportamento concludente.

3. CONTRATOS DE CONSUMO

3.1 A perspectiva brasileira

Sendo o Brasil um país periférico, marcado pela dependência externa, por sucessivas rupturas políticas e pela exclusão social, há que se observar que sua evolução tanto política quanto jurídica não ocorreu da mesma forma que os países europeus. Nesse sentido, bem asseverou Luís Roberto Barroso que o amadurecimento dos povos possui diferentes etapas, as quais não seriam abreviadas, mas antes retardadas pelas mais variadas convulsões políticas, traduzidas em ímpetos “salvacionistas” dos golpes militares, dos partidos vanguardistas ou de um constitucionalismo retórico e inócuo¹¹.

Por isso é que movimentos de transformação sócio – políticos, ocorridos nos países designados centrais, somente foram aqui verificados tardiamente. Em grande parte das vezes, os modelos estrangeiros ou eram instaurados de forma incompleta ou eram desvirtuados pelas próprias características do país, que não se encontrava preparado para recebê-los.

Foi o que se deu com a própria revolução liberal, que aqui, nunca chegou a ocorrer verdadeiramente, visto que não havia uma classe burguesa mas sim um oligarquia agrária interessada em consolidar-se no poder. Como asseverado por Wolkmer: “(...) no Brasil o Liberalismo expressa a ‘necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias’, processo este marcado pela ambigüidade da junção de ‘formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico (...)’”¹².

A par dessas considerações, concepções voluntaristas e liberais foram positivadas no Brasil com o Código Civil de 1916.

Na seqüência, a “Teoria Pura” de Hans Kelsen seduziria muitos juristas brasileiros, para os quais, durante longo tempo, a despeito da justiça ou injustiça do

¹¹ BARROSO, L. R. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo; Renovar, 2001, p. 15.

¹² WOLKMER, A. C. *Ideologia, Estado e Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 119.

conteúdo de uma norma, o que importava era tão somente se referido dispositivo legal havia sido estabelecido de maneira legítima pela norma fundamental correspondente¹³.

Também não se poderia falar em um *Welfare State* propriamente dito, visto que este processo político deu-se nos países europeus nos contextos de pós- guerra, em que os Estados, em face da calamidade em que se encontrava o povo, foi obrigado a promover o reerguimento da economia, assumindo assim inúmeras funções.

No Brasil, um processo que lembrava o que seria o “Estado de Bem Estar Social” verificou-se muito tempo depois, com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ainda nas palavras de Barroso, a Carta Constitucional, que devolveu o regime democrático ao país após obscuros anos de ditadura militar, foi caracterizada pela doutrina como sendo compromissória, analítica e dirigente. Compromissória porque buscou-se um equilíbrio entre os interesses do capital e trabalho, com a consagração de regras de intervenção do Estado no domínio econômico, havendo inclusive a reserva de determinados setores econômicos à exploração por empresas estatais, algumas sob o regime de monopólio. Contudo, não obstante o constituinte tenha procurado solucionar algumas mazelas da sociedade brasileira, introduzindo virtuosas inovações no texto constitucional, estas não encontraram uma efetividade concreta.

As garantias constitucionais esbarraram na dura realidade de um país ainda muito atrasado em índices sociais, os quais são agravados pela falta de vontade política e por uma sociedade civil inoperante. Além disso, o atraso com que foram implantadas algumas destas medidas de dirigismo revelou-se já no fim da década de 80, quando o mundo socialista iniciava o processo de abertura. Portanto, a ideologia de um intervencionismo solidarista que se havia implantado com a Constituição pouca duração teve antes que começasse a sofrer os ataques do ideário neoliberal.

Atualmente, a propagação de políticas neoliberais vem alterando o panorama político – jurídico brasileiro. Contrariamente ao que se verificou quando do surgimento do Estado de Bem Estar Social, hoje o que se percebe é que as funções estatais reduzem-se cada vez mais. Observam-se as mais variadas transformações,

¹³ MARQUES, C.L. op. cit., p. 72.

desde as privatizações até reformas na estrutura administrativa estatal, bem como na legislação em geral, visando a esse fim.

Todavia, no âmbito contratual, é inegável a importância que a ordem constitucional ainda representa. Diante de normas sobre contratos editadas no início do século, ela significou a primeira solução efetiva para a crise da concepção clássica do contrato, direcionando-o para sua funcionalização.

A edição da Constituição Federal de 1988 lançou os princípios básicos sobre os quais se assentaria a reforma não apenas dos contratos, mas do direito privado como um todo. Foi sobre tais princípios que em 1990 promulgou-se a Lei 8.078 – o Código de Defesa do Consumidor – para reger as relações de consumo.

Ainda que num processo lento e posterior às nações europeias, o fenômeno da massificação no modo de produção também ocorreu no Brasil, gerando igualmente reflexos no modo de contratação. De igual forma, constatou-se o desequilíbrio decorrente nas denominadas contratações de adesão, e mesmo nos contratos de consumo em geral. Constatou-se assim que o mercado por si só não apresentou mecanismos eficientes para superar a vulnerabilidade do consumidor contratante – como pregava a teoria clássica dos contratos – fazendo-se necessária a atuação do Estado.

Particularmente no âmbito das regulações contratuais, o que se verifica atualmente é um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que o Estado assumiu uma posição protecionista na vida privada, com relação às chamadas relações de consumo – edição do Código de Defesa do Consumidor, criação de órgãos de defesa – sustenta simultaneamente uma posição de não – intervenção em inúmeros setores privados, procurando resguardar a chamada “livre iniciativa”. Nesse sentido é que há leis de abertura de mercado e de quebra de monopólio nacional de serviços públicos.

Ao mesmo tempo, ocorre no mundo o que se convencionou chamar processo de Globalização. O mercado globalizado caracteriza-se por uma certa homogeneidade de demandas, decorrente de uma uniformização cultural. Os efeitos desse processo ainda não estão perfeitamente delineados, em virtude de ele estar em desenvolvimento. Entretanto, algumas de suas consequências já são perceptíveis. Uma delas é a

aproximação das noções de consumidor e cidadão, haja vista que o consumo passa a ser visto muito mais como forma de participação e inclusão social do que o exercício dos direitos políticos. Assim, o indivíduo, para ser reconhecido como cidadão necessita antes ser um consumidor¹⁴, o que, numa sociedade polarizada e desigual como a brasileira tende a acentuar os níveis de exclusão social.

3.2 O advento do Estatuto de Defesa do Consumidor

Diante da consolidação de uma sociedade de consumo massivo, caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketing*, bem como pelas dificuldades de acesso à Justiça, o Estado brasileiro não permaneceu inerte. Tal reação estatal foi paulatina e gradual, sendo resultado, em grande parte, da pressão social exercida por instituições e movimentos populares.

Assim é que já em 1985 observa-se a atuação do denominado Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), órgão responsável, à época, pelo assessoramento da Presidência da República na formulação de políticas específicas, encarregado também de fomentar e colaborar na instalação de PROCONS, Promotorias e Delegacias especializadas. A ação, no âmbito da sociedade civil, veio através das chamadas “Feiras da Fraude”, em que compradores e vendedores expressavam suas reclamações em murais; outro caminho utilizado pelos consumidores descontentes foi a realização de denúncias em colunas de leitores em jornais e periódicos. Todos esses fatores, anteriores ao CDC, foram importantes na medida em que prepararam caminho para uma legislação específica, que viesse a resolver os inúmeros conflitos então emergentes.

O segundo passo, no avanço da tratativa das relações de consumo, foi de caráter eminentemente mais concreto e de muito maior relevância: deu-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ela foi, e ainda se conserva, o pilar de

¹⁴ “Num tempo em que as campanhas eleitorais se mudam dos comícios para a televisão, das polêmicas doutrinárias para o confronto de imagens e da persuasão ideológica para as pesquisas de ‘marketing’, é coerente nos sentirmos convocados como consumidores ainda quando se nos interpela como cidadãos”. (CANCLINI, N. G. *Consumidores e Cidadãos – conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1997, ps. 13/14).

sustentação da legislação de proteção do consumidor e regulação das relações de consumo. A elaboração de um Código de Defesa do Consumidor é um mandamento constitucional expreso, inicialmente, no art. 5º, inc, XXXII, da CF¹⁵.

A Constituição, no entanto, além de consagrar a proteção ao consumidor como uma garantia fundamental, denota tal preocupação em outros artigos de seu texto. No art. 170, que cuida da ordem econômica, há uma clara disposição de que tal ordem deve fundar-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observando-se a “defesa do consumidor” (art. 170, inciso 5º, CF). O art. 150, em seu parágrafo 5º, prescreve que a “lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. Mencione-se também o disposto no art. 175, inciso II, que, ao aludir a usuários, refere-se, na verdade aos consumidores de serviços públicos.

Foi, portanto, contando com amplo aparato constitucional que, em 11 de setembro de 1.990, promulgou-se a Lei 8.078. Muito embora formalmente lhe seja atribuído o título de lei, trata-se de um Estatuto de legislação consumerista, visto como um arcabouço geral para o regramento do mercado de consumo. Como não poderia deixar de ser, o CDC buscou inspiração em modelos legislativos estrangeiros já vigentes, conservando, todavia, peculiaridades atinentes à realidade nacional.

Ada Pellegrinni Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin mencionam a influência da Resolução n.º 39/248, de 9 de abril de 1985, da Assembleia Geral das Nações Unidas, observando que a maior influência sofrida pelo Código foi oriunda do “Project de Code de la Consommation”, sob a regência do Professor Jean Calois – Aloy. Os citados autores, observam também que foram importantes as leis gerais da Espanha, de Portugal e de Quebec, bem como as diretivas 84/450 e 85/374, provenientes do Direito Comunitário europeu. Verificaram-se ainda influências do direito norte – americano e alemão¹⁶.

¹⁵ Art. 5. (...)

XXXII – o Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor;

¹⁶ GRINOVER, A. P. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** – comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p 10.

O Código de Defesa do Consumidor procura, através de seus dispositivos, dar solução aos conflitos entre consumidores e fornecedores. Ele cuida não apenas da proteção do consumidor, mas visa a instituir uma Política Nacional das Relações de Consumo, preocupando-se com as necessidades de desenvolvimento econômico e tecnológico manifestadas pelo mercado.

Assim é que no Título I asseguram-se os direitos do consumidor e se definem as diretrizes da Política Nacional de Consumo. Denota-se ainda o caráter interdisciplinar do Código ao estabelecer sanções de natureza administrativa e também infrações penais (Capítulo VII, do Título I e Título II, respectivamente). Houve ainda o regramento da defesa do consumidor em Juízo, procurando-se facilitar seu acesso à Justiça.

3.3 As novas técnicas contratuais

As relações de consumo se utilizam de novas técnicas de contratação que não exclusivamente aquelas da teoria clássica contratual.

No contrato clássico, as cláusulas eram negociadas individualmente, estando sujeitas ao consentimento de ambas as partes. Por isso, tais pactos denominam-se contratos paritários ou individuais. Essa forma de contratar ainda persiste nos dias de hoje, sendo utilizada não só nas relações civis e mercantis mas também nas de consumo. Todavia, nestas últimas, possui uma importância secundária, face a proliferação das contratações em massa. Nestas, os ofertantes de produtos e serviços acabaram por optar por predispor antecipadamente um esquema contratual posto à simples adesão dos interessados. É o que, de um modo geral, convencionou-se denominar contrato de adesão.

A expressão, utilizada pela doutrina francesa, teve sua origem em Raymond Saleilles¹⁷, que ao analisar a parte geral do BGB alemão, pretendeu ressaltar o caráter de predominância de uma só vontade em determinados tipos de acordos. Nesses contratos, o conteúdo não seria dirigido a uma só pessoa, mas a um conjunto

¹⁷ Ibid., p. 551; MARQUES, op. cit., p. 45.

indefinido de indivíduos. O surgimento e a proliferação dessa técnica contratual fez com que a doutrina passasse a questionar a natureza contratual das relações de adesão, levando a uma crise de maiores proporções, em que se afirmava a “morte do contrato”¹⁸.

Entretanto, a doutrina brasileira é praticamente pacífica em refutar esse ceticismo com relação à sobrevivência do instituto contratual. Observa-se, na realidade, não a decadência do instituto, mas, muito ao contrário, uma revitalização do contrato, aliada a um crescimento de sua importância. A teoria contratual passou a ser orientada por princípios também reformulados, e, ao mesmo tempo, apareceram novas técnicas contratuais.

No que diz respeito a essas relações massificadas, há várias situações a serem consideradas.

Inicialmente, há que se mencionar que se distinguem as chamadas cláusulas gerais de contratação - ou condições gerais de contratação - dos contratos de adesão propriamente ditos.

Para autores como Guilherme Fernandes Neto¹⁹ e Renata Mandelbaum²⁰, os quais se valem dos ensinamentos de Garcia Amigo, as condições gerais comporiam o conteúdo do contrato de adesão, todavia com ele não se confundiriam. As condições gerais de contratação são elaboradas em momento anterior à conclusão do contrato,

¹⁸ GILMORE, G., *The death of contract*, Columbus, Ohio Univ. Press, 1974 apud NORONHA, F. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1.

¹⁹ FERNANDES NESTO, G. in: BITTAR, C. A. (coord.) **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, ps. 77-90.

²⁰ MANDELBAUM, op. cit. p. 108. Ainda de grande valia são essas considerações da autora, referindo-se a Garcia Amigo, o qual pretendeu distinguir as cláusulas gerais dos contratos de adesão: “Garcia Amigo traçou em sua obra uma linha divisória entre os contratos de adesão e as condições gerais de negociação dos contratos, fundamentando sua posição através da circunstância de que nos contratos de adesão uma das partes não faz mais do que expressar o seu consentimento a uma norma da relação contratual rigidamente predisposta de antemão, sem intervenção alguma de sua parte, enquanto que nas condições gerais de negociação sua rigidez não chega ao extremo de, no momento de celebração do contrato singular básico, não permitirem a estipulação de condições particulares que as contradigam, as quais, em virtude de sua especialidade, prevaleçam sobre as condições gerais de negociação”.

somente adquirindo sentido e relevância jurídica quando passassem a integrar um número, ainda indefinido, de contratos. Já os contratos de adesão se definiriam por ser os atos concretos, que retiram a abstração das condições gerais e as inserem em uma realidade jurídica e factual concreta.

Cláudia Lima Marques, a respeito do tema, afirma que a expressão “condições gerais de contratação” é preferida pela doutrina alemão e enfatiza a fase pré-contratual, quando são elaboradas as listas independentes de cláusulas, a serem oferecidas ao público contratante; já a expressão “contrato de adesão” é utilizada pela doutrina francesa, destacando o momento de celebração do contrato, dando ênfase à vontade manifestada do outro contratante.

Segundo a autora, o contrato de adesão deveria ser sempre preparado com anterioridade pelo fornecedor, obedecendo necessariamente a forma escrita; o consentimento nestes contratos (adesão) também deveria ser escrito. As condições gerais de contratação consistiriam em lista de cláusulas, elaboradas unilateralmente, dirigida a reger um número indeterminado de contratos, podendo ser inseridas no documento ou previstas em um anexo, ou mesmo um cartaz fixado em um estabelecimento.

Os contratos de adesão admitiriam a inclusão de cláusulas discutidas individualmente; o mesmo não seria admitido para as condições gerais, as quais estariam sujeitas a uma maior rigidez²¹.

Outra situação peculiar seriam os chamados contratos por comportamento concludente ou condutas socialmente típicas. Tendo origem essa expressão nos estudos de Haupt²² e Larenz²³, os comportamentos socialmente típicos são aqueles que, não obstante sejam criados sem a estrita obediência aos requisitos dos negócios jurídicos bilaterais, teriam características próprias de contratos. Para exemplificar, cite-

²¹ MARQUES, op. cit., p. 39 et seq.

²² HAUPT, G. “Über Kaktische vertragsverhältnisse” In. *Festschrift für Heinrich Siber*. [S. l s. n.], 1943, v. 2, p.5 apud NERY, N. in: GRINOVER, et al., op. cit., p. 443

²³ LARENZ, K. *Lehrbuch des Shuldrechts*, 14^a ed., München, Bech, 1987, vol. I, (Allgemeiner Teil), § 24, II, p. 387, idem, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 6^a ed., München, Beck, 1983, § 28, II, ps. 522 e segs., apud NERY in: GRINOVER, et al., op. cit., p. 443.

se a utilização de transporte coletivo, ou ainda a permanência de automóvel em estacionamento. Nesses casos, e em inúmeros outros da mesma natureza, não há manifestação ou declaração de vontade propriamente dita.

O fato de não haver essa vontade expressa significa que se deve considerar o comportamento em si, para efeitos de criação de obrigações, similares àquelas que seriam criadas por um contrato formalmente celebrado. Imputa-se o significado genérico de sua conduta como aceitação de contrato, implicando ainda a aceitação das cláusulas gerais a que regem o serviço ou prestação. Todavia, Larenz²⁴ considera que muito embora exista o *animus contratual* essas condutas não de equiparam a contratos, justamente pelo fato de não se reconhecer qualquer manifestação de vontade.

Por fim, entre as novas formas de intercâmbio de produtos e serviços há que se mencionar o que Cláudia Lima Marques chamou de contratos cativos de longa duração. Os contratos cativos de longa duração, de acordo com a definição da autora, são contratos complexos, que envolvem a prestação de serviços de longa duração, por uma cadeia de fornecedores organizados entre si, implicando ainda uma posição de catividade para o consumidor. Tratam-se de serviços de natureza privada ou pública, que, dada sua relevância, são prestados de forma contínua, cativa, massificada (serviços bancários, de plano de saúde e previdência, cartões de crédito, entre outros).

A execução desses contratos se prolonga no tempo, fazendo com que as obrigações sejam duradouras, sendo seu adimplemento renovado constantemente, sem que haja alteração no débito contratual (dever de prestar). Para que a finalidade perseguida pelo consumidor seja satisfeita é preciso que a relação jurídica, fonte de obrigações, se conserve. Por exemplo, se em dado momento o segurado pretender usufruir de seu seguro saúde é necessário que cumpra sua obrigação de se manter em dia com o plano. Todavia, o fato de ele utilizar-se de serviços médicos não exime o prestador de manter a obrigação enquanto o consumidor se mantiver da condição de segurado (obrigações que se renovam com o tempo).

²⁴ Ibid, p. 444.

A posição de catividade, por sua vez, de uma publicidade massiva instiga a constante acumulação de bens²⁵. Nesse sentido, é impressionante como o indivíduo cria uma nova série de necessidades e padrões de consumo, graças aos valores e conceitos disseminados através dos meios de comunicação. Essa relação de dependência “psicológica” do consumidor, fará com que ele aceite qualquer coisa para manter a continuidade das prestações pelo fornecedor. Nem sempre, contudo, essa dependência é de ordem psicológica. Muitas vezes, a necessidade de manutenção do vínculo é imprescindível para a sobrevivência do indivíduo (prestação de serviços essenciais: fornecimento de água, eletricidade, telefonia). Nesse caso, a situação de catividade do consumidor se dá pelo próprio caráter de indispensabilidade do serviço.

Todas essas formas de contratação, ou de criação de obrigações, envolvendo relações de consumo, estão sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor. O Código cuida expressamente dos contratos de adesão (art. 54 e seus parágrafos) no seu mais amplo sentido, incluindo tanto os contratos escritos, quanto os verbais.

Para a lei, interessa a forma pela qual são elaborados os contratos, que é a estipulação unilateral, preestabelecida pelo fornecedor. Assim, não importa se as cláusulas tenham sido estabelecidas pelo Poder Público, ou pelo fornecedor particular. Em ambos os casos ter-se-á caracterizado o contrato de adesão.

Incluem-se também no âmbito de proteção do Código os comportamentos socialmente típicos, graças aos efeitos :criação de “relações contratuais de fato”.

3.4 A identificação da relação de consumo

O que se convencionou chamar de “Direito do Consumidor” traduz uma especialização do Direito Privado, marcada pela reformulação das teorias tradicionais.

²⁵ “O marketing, como visto, além da publicidade, compreende uma grande quantidade de mecanismos de incentivo às vendas, valendo citar, em lista assistemática, as loterias, as ofertas combinadas (e o seu desvio, a venda casada), os cupons, os selos, as venda por correspondência e em domicílio, os prêmios, as liquidações e promoções, o envio de mercadorias não solicitadas, os produtos ou serviços ‘grátis’, os descontos, os concursos, as marcas, as embalagens, a facilidade e preço do crédito”. (GRINOVER, et. al., op. cit., p. 21).

As relações de consumo ganharam tratamento jurídico diferenciado porque se entendeu tratar de relações peculiares, distintas das civis ou mercantis clássicas.

Todavia, não obstante os contratos de consumo possuam autonomia legislativa, e até mesmo didática, em sua essência permanecem contratos, não se podendo afirmar uma autonomia substancial.

No sistema da lei brasileira, a relação de consumo é basicamente identificada através das partes contratantes.

O art. 2º do Código define consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Há duas tendências que procuraram interpretar quem seriam os consumidores: a teoria maximalista e a finalista²⁶.

Segundo a corrente maximalista, consumidor seria todo aquele que se utilizasse de um produto ou serviço, retirando-o de circulação, não importando se pessoa física ou jurídica, ou se há ou não fim de lucro na utilização do bem. Destinatário final seria assim o destinatário fático²⁷.

Para a teoria finalista não bastaria que o produto fosse retirado da cadeia de produção, mas, necessariamente, ele não deveria ser adquirido para revenda ou para uso profissional. É consumidor o indivíduo, pessoa física ou jurídica, que adquire o bem para uso próprio ou no benefício de seus familiares, mas que não objetive atividade lucrativa. A justificativa dada pelos que defendem essa posição é de que somente merece a tutela do Código aqueles que efetivamente forem vulneráveis.

No contexto brasileiro, a par dessas discussões conceituais, o que o legislador procurou proteger foi o caráter de vulnerabilidade do indivíduo. É essa característica que deve ser primordialmente considerada quando da identificação da figura do consumidor.

²⁶ FILOMENO, J. G. B. *in* GRINOVER, et. al, op. cit., ps. 29-34; MARQUES, op. cit., ps.99-108.

²⁷ É o caso, por exemplo, da fábrica de pães que compra farinha para os fabricar. Segundo a corrente maximalista, também ela poderia ser considerada destinatária final, pois faticamente, a farinha seria consumida, não importando a circunstância de ser utilizada em atividade comercial, e que seu preço acabasse por ser incorporado no produto final, em citado exemplo, os pães.

Nesse sentido, é válido citar o art. 2º do CDC, que estendeu a proteção também às pessoas jurídicas. Isso indica que até um profissional pode ser consumidor, desde que seja vulnerável, e, obviamente, que não se trate de relação mercantil²⁸.

O parágrafo único do art. 2º estabelece que “equiparam-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Essa definição relaciona-se a interesses de toda a coletividade, tendo-se em mira um conjunto de consumidores, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles (art. 81 e seguintes do CDC). O dispositivo refere-se também a situações potenciais, em que ainda não se adquiriu efetivamente o produto ou serviço.

O art. 17 define como consumidores equiparados “todas as vítimas do evento”. Excluí-las da proteção legal (ainda que não sejam consumidoras diretas) afrontaria o espírito da lei²⁹.

O art. 29 equipara a categoria de consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas neles previstas”. Abrange o artigo toda e qualquer pessoa exposta a “práticas comerciais”.

A abusividade das práticas comerciais pode manifestar-se através da publicidade enganosa, concorrência desleal, e, mesmo, da sujeição do indivíduo a formulário padrão em contratos de adesão.

Ressalte-se o caráter preventivo da norma, que exige tão somente a “exposição”, protegendo inclusive o indivíduo que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço.

O art. 3.º do Código traz a definição de fornecedor³⁰.

²⁸ cf. MARQUES, op. cit., p. 106.

²⁹ Em caso de repercussão nacional, qual seja a queda do “Plaza Shopping Osasco”, no ano de 1996, a justiça paulista valeu-se da definição de consumidor contida no art. 17 do CDC para considerar cabíveis indenizações por danos morais não apenas aos consumidores – compradores, usuários da praça de alimentação e estacionamento e demais serviços disponíveis – mas também concedeu o mesmo direito de indenização aos circunstantes que por ali passavam a título de cortar caminho, como se deu com as famílias dos estudantes que se utilizavam do Shopping para cortar caminho para a escola. (Processo n.º 1.959/96, 5ª Vara Cível da Comarca de Osasco/SP apud GRINOVER, et. al., op. cit., p.39).

³⁰ Art. 3.º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção,

O conceito abrange o conjunto de todos aqueles que propiciem a oferta de produtos ou serviços no mercado, podendo ser pessoa física ou jurídica, ou ainda ente despersonalizado³¹.

Os objetos das relações de consumo são os produtos e serviços.

“Produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial” (art. 3.º, § 1.º, CDC). Bem é tudo aquilo que for útil ao homem, passível de apropriação, existente em quantidade limitada no universo. É assim algo útil e raro. Os bens podem ser duráveis, e não duráveis, bens de conveniência, bens comparáveis e de uso especial.

Há dois elementos que obrigatoriamente estarão presentes no fornecimento de produtos: a profissionalidade e a habitualidade. Excluem-se assim do âmbito de aplicação do Código os contratos firmados entre particulares não – profissionais.

A noção de serviços está retratada no art. 3.º, § 2.º, do CDC³². De acordo com a definição dada pelo legislador, serviço é toda atividade ou prestação posta à venda.

De um modo geral, a prestação de serviço deve ser habitual, mas não há exigência explícita de que o fornecedor deva ser profissional³³.

Excluem-se do sistema do Código as prestações de caráter trabalhista e as de natureza tributária (relações com o Poder Público, que impliquem o pagamento de tributos, taxas e contribuições de melhoria).

montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

³¹ Muito embora sejam os condomínios entes despersonalizados, contra ele não se podem invocar as cláusulas de defesa do consumidor, pois seu objetivo social é deliberado pelos próprios interessados, não se podendo afirmar que os serviços prestados por seus empregados e síndicos faça-os se enquadrar na categoria de fornecedores.

³² Art. 3.º (...)

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

³³ De acordo com a observação de Cláudia Lima Marques: “A expressão ‘atividade’ no *caput* do art. 3.º parece indicar a exigência de alguma reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços no campo de aplicação do CDC, a dependência única de ser o co-contratante um consumidor” (MARQUES, op. cit. p. 116).

Tal situação não se confunde com a prestação de serviços por particulares, em nome do Poder Público, como se verifica nos regimes de delegação (concessão e permissão).

No que concerne ao fornecimento de serviços, polêmica é a questão relativa aos contratos bancários.

Muito embora haja aqueles que defendam ardorosamente a não incidência do Código de Defesa do Consumidor nessa espécie contratual³⁴, o § 2.º, do art. 3º é claro ao dispor sobre a incidência do CDC nos serviços de natureza bancária.

Isso se justifica ao se analisar a estrutura dos serviços prestados pelas instituições bancárias e financeiras.

Entende-se por atividade bancária a coleta e intermediação de moeda, nacional ou estrangeira, implicando tal processo várias operações econômicas, ligadas à concessão, circulação, ou administração do crédito³⁵.

Portanto, o produto oferecido pelos bancos é exatamente o “crédito”, podendo eventualmente haver a prestação de outros serviços colocados à disposição de seus clientes (atividades típicas e atípicas).

Excluem-se, contudo, do campo de proteção do CDC os mútuos mercantis, que se destinam a fornecer capital não ao consumidor final, mas à injeção de dinheiro na atividade econômica desenvolvida pela empresa.

Segundo Nélson Nery Junior, os contratos bancários devem ser considerados como de consumo devido às seguintes características: remuneração pela prestação do

³⁴ “Quem quer que celebre qualquer desses contratos não é consumidor de coisa alguma, nem os contratos importam em consumo de bens ou na fruição de serviços relativos a necessidades humanas. E por maior que seja a extensão que se possa dar aos vocábulos ‘consumo’ e ‘consumidor’ a eles não se podem assimilar os contratos bancários. Aplicar a lei de defesa do consumidor a quem celebra contratos bancários seria tão estranho como a aplicação do Código Penal a crianças. O Código Penal é inaplicável à criança porque os menores impúberes não podem infringir suas normas. O Código de Defesa do Consumidor não tem aplicação aos agente de operações bancárias porque estas não cuidam do consumo e não envolvem consumidores” (CAMARGO VIDIGAL, G de. Tarifas Bancárias – **Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas**, n.º 17, ps. 127-143 apud GRINOVER et al., op. cit., p. 47).

³⁵ COELHO, F.U. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 174 apud GRINOVER et al., op. cit. p. 45.

serviço, oferecimento de modo amplo, geral e despersonalizado, por serem vulneráveis os tomadores e pela habitualidade e profissionalismo na sua prestação³⁶.

É fato que a grande maioria dos indivíduos da sociedade contemporânea, independente da classe social, se utiliza de algum serviço prestado pelos bancos. Graças à essa ampla utilização pela população, e por ser considerado algo essencial nos dias de hoje, é caracterizado como um contrato cativo de longa duração, merecendo, destarte, a proteção do Código.

3.5 Principiologia

Princípios e valores sempre tiveram papel fundamental na elaboração do Direito positivo. Ambos atuam não apenas no momento de edição da norma, influenciando a tarefa do legislador, mas, também, servem de norte ao intérprete.

No processo de exegese legislativa, os princípios e valores servem como ponte entre a realidade e a norma, traduzindo os anseios e aspirações das sociedades de cada época.

Logo, os princípios estabelecerão a medida do que é considerado legítimo pelo Direito, indicando o rumo de sua evolução.

O fenômeno de mutação principiológica é facilmente perceptível no âmbito dos contratos de consumo.

A restrição à autonomia da vontade é evidenciada através de normas de ordem pública, consolidadas no CDC.

Esse princípio, moderado então por imposições de interesse público, tem sido chamado pela doutrina de autonomia privada.

Fernando Noronha entende que a liberdade contratual (sub – princípio da autonomia privada), sujeita-se ao influxo de outros princípios (boa-fé e justiça contratual), havendo então uma autodelimitação recíproca, no intuito de se alcançar um equilíbrio entre eles³⁷. Para ele, a manifestação de vontade não é absoluta porque está condicionada à boa-fé e à justiça contratual.

³⁶ Ibid., p.46.

³⁷ NORONHA, op. cit., p. 18.

Os princípios que norteiam as relações de consumo estão previstos no artigo 4º da Lei 8078/90, que traça os objetivos da Política Nacional de Consumo.

Esse dispositivo alberga o princípio da função social dos contratos, entendido como o reconhecimento de que o contrato deve satisfazer finalidades sociais. Essas traduzem-se na harmonia das relações de consumo, preocupando-se com o atendimento das necessidades básicas dos consumidores (respeito à dignidade, saúde, segurança, proteção dos seus interesses econômicos bem como a melhoria de sua qualidade de vida).

Referido princípio cuida também da proteção da livre concorrência, do livre mercado, da tutela das marcas e patentes, inventos e processos industriais, programas de qualidade e produtividade.

No inc. IV, do artigo 4.º CDC, há a previsão dos princípios da educação e informação de consumidores e fornecedores quanto aos seus direitos e deveres. Isto é de fundamental importância, pois somente o indivíduo informado a respeito dos direitos que possui é que pode pugnar por eles.

O *caput* do art. 4.º prevê o princípio da transparência, consubstanciado no dever de informar clara e corretamente sobre produto ou serviço colocado no mercado. A clareza estende-se ao texto do contrato a ser firmado, compreendendo o respeito nas relações entre fornecedores e consumidores.

Pretende-se evitar lesões ao consumidor, que, sem o real conhecimento sobre as características e qualidade do produto, ou sem saber o que dispõe exatamente o conteúdo do contrato, poderá vincular-se a obrigações que não tem condições de suportar ou que não deseja.

Ainda mesmo na fase pré-contratual, quando da oferta do produto ou serviço, incidirá o princípio da transparência. A exposição em vitrines, bem como quaisquer informações fornecidas por prepostos e o *marketing* em geral podem ensejar o surgimento de responsabilidade patrimonial.

O princípio da confiança relaciona-se à realização das expectativas, desde que legítimas, geradas no consumidor. Diz respeito ao crédito dado pelo consumidor ao vínculo contratual, acreditando que sua finalidade será cumprida. A expectativa não é

somente a de que o contrato será cumprido, mas que a prestação do serviço seja adequada e segura³⁸.

A fim de se atender tais expectativas, criam-se os chamados padrões de qualidade e segurança, fazendo com que os produtos e serviços passem a estar sujeitos ao controle e fiscalização de órgãos específicos.

Esses padrões são um importante instrumento para proteção da confiança, pois, na sociedade de consumo, o consumidor não tem acesso ao modo como são fabricados os produtos, encontrando-se em absoluta desvantagem de conhecimentos técnicos e poder de negociação³⁹.

Mencione-se, finalmente, os princípios da boa-fé e justiça contratual, os quais, não obstante estejam previstos no art. 4.º, podem ser extraídos de inúmeros artigos do Código.

Prevê o inciso III do referido artigo o princípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, com a compatibilização da proteção do consumidor e a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico (conforme os princípio da ordem econômica – art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na “boa-fé” e no “equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores”.

Ambos os princípios, juntamente com a autonomia privada, podem ser considerados princípios estruturais em matéria contratual, traduzindo os valores jurídicos tidos como primordiais na atual sociedade pós-moderna⁴⁰.

³⁹ MARQUES, op. cit., p. 397-399.

⁴⁰ FILOMENO *in* GRINOVER, et al., op. cit., p. 54-61.

⁴¹ NORONHA, op. cit., ps. 18 e 136.

4. BOA-FÉ E JUSTIÇA CONTRATUAL

4.1 A boa-fé na formação e execução do contrato

O princípio da boa-fé é considerado um limite à vontade das partes, no sentido de equilibrar a relação contratual, coibindo a deslealdade das partes, ou quaisquer comportamentos contrários à real finalidade contratual⁴¹.

Por tal razão, referido princípio mantém íntima relação com o princípio da justiça contratual, na medida em que ambos atuam na obtenção da efetiva comutatividade das prestações.

A importância do princípio da boa-fé se verifica não apenas no que concerne às relações de consumo, onde claramente se pode visualizar sua consagração no CDC, mas, paulatinamente, sua aplicação vai crescendo em importância⁴².

Sobre o tema, preliminarmente, convém destacar a diferença entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

Por boa-fé subjetiva compreende-se o estado de ignorância sobre as características reais da situação. Em estado de boa-fé subjetiva uma pessoa acredita ser titular de um direito que na verdade não possui (aparência). Se, todavia, possui conhecimento da realidade dos fatos, ou se não os conhece por erro grosseiro, diz-se então que está de má-fé, estado contrário ao de boa-fé subjetiva⁴³.

Assim, a boa-fé subjetiva pode interessar à teoria contratual na medida em que seja necessário tutelar a aparência.

⁴¹ Ibid., p. 136 et seq.

⁴² Nesse sentido, embora o Código Civil de 1916 tenha sido pobre com relação a menções à boa-fé, o recém aprovado Código Civil parece ter tentado corrigir essa falha, fazendo remissões expressas ao princípio nos seguintes artigos:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Boa-fé objetiva é aquela que pressupõe um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade⁴³.

Em matéria de relações contratuais, a tutela diz respeito à boa-fé objetiva, haja vista que é esta que impõe às partes um comportamento leal, de modo a não frustrar as expectativas legítimas da contraparte, assegurando também a estabilidade e segurança das prestações.

O princípio da boa-fé objetiva tem como escopo, portanto, a idéia de confiança, a qual se traduz na crença de que a outra parte procederá de acordo com os padrões exigíveis.

No entanto boa-fé objetiva e subjetiva são dotadas de autonomia, partindo cada uma delas de pressupostos diferentes. A subjetiva considera o estado do indivíduo e a objetiva o comportamento deste diante da relação jurídica.

Por isso, é possível que uma pessoa esteja agindo de boa-fé do ponto de vista subjetivo (ignorando a situação real) e, mesmo assim, não proceda de acordo com os deveres de conduta socialmente exigíveis, faltando com a boa-fé objetiva. Portanto, não é preciso que a parte aja dolosamente para restar caracterizada a ausência de boa-fé objetiva, bastando que seja negligente na condução de sua atividade (culpa *strictu sensu*).

A aplicação da boa-fé objetiva impõe-se tanto nas negociações preliminares, como na conclusão, execução e interpretação do contrato de consumo, especialmente, se levadas em conta as características do mercado atual, em que a competitividade entre os fornecedores e sua busca incessante pelo lucro agrava a situação de vulnerabilidade do consumidor.

O indivíduo passou a estar sujeito a formas de abordagem agressivas, que o estimulam a um consumo desenfreado de produtos e serviços, sem que, para tanto, sejam fornecidas todas as informações e esclarecimentos devidos. Além disso, na própria formação do instrumento contratual o consumidor se vê, no mais das vezes, sujeito a um processo de elaboração unilateral de cláusulas.

⁴³ NORONHA, op. cit., p. 132 et seq.

⁴⁴ Ibid., p. 136 et seq.

A atuação da boa-fé nos contratos foi vista por Fernando Noronha sob um triplo aspecto: função integrativa, de controle e interpretativa⁴⁵. Tal subdivisão, por se mostrar útil, será empregada para examinar o papel da boa-fé com relação aos contratos de consumo.

A função integrativa da boa-fé parte de uma noção de contrato como sendo uma realidade complexa. Há uma relação principal de consumo (pagamento do preço pelo consumidor e entrega do produto pelo fornecedor) acompanhada de deveres acessórios. Esses deveres laterais não se traduzem em prestações específicas, as quais possa o credor exigir antecipadamente, mas são identificáveis em cada caso concreto. Os deveres acessórios dividem-se em: deveres de proteção, esclarecimento e de lealdade.

A função integrativa da boa-fé se revela através desses três deveres.

O dever de proteção seria representado pela máxima *neminem laedere*, tratando-se dos casos de responsabilidade extracontratual por quaisquer danos causados por atos ilícitos. O dever de esclarecimento traduz-se no já mencionado princípio da transparência, impondo a clareza das informações sobre todos os aspectos da relação de consumo. O dever de lealdade define-se por ser obrigação das partes absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar as prestações por ele consignadas.

Os deveres de esclarecimento e lealdade surgem ainda na fase pré-contratual, quando das ofertas dos produtos ou serviços.

Nas relações civis em geral a oferta já gerava efeitos vinculantes entre as partes. Nos contratos de consumo, esse efeito é potencializado, estando a noção de oferta prevista, com uma redação abrangente, no art. 30 do CDC⁴⁶.

O enfoque dado nesse dispositivo é justamente das ofertas feitas através da publicidade.

⁴⁵ Ibid, p. 151.

⁴⁶ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

A boa-fé determina que os anúncios publicitários sejam feitos de forma a respeitar o público alvo, prometendo-se somente aquilo que é possível cumprir, trazendo informações verídicas sobre as características do produto ou serviço. Ressalte-se, mais uma vez, que o objetivo é proteger a confiança despertada nos inúmeros consumidores expostos à publicidade.

No art. 37 do Código de Defesa do Consumidor encontram-se as definições de publicidade enganosa e abusiva⁴⁷. A característica principal da primeira é a indução a erro do consumidor e da segunda é a violação da ética social, ferindo valores sociais básicos⁴⁸.

O descumprimento dos deveres de esclarecimento e lealdade nas ofertas feitas ao consumidor, impostos pela função integrativa da boa-fé, acarretam responsabilidade extracontratual, se ainda não concluído o contrato, implicando a reparação dos danos causados.

Se, todavia, aceita a oferta pelo consumidor, verifica-se hipótese de responsabilidade por inadimplemento contratual, visto que se presume concluído o contrato a partir da manifestação de aceitação da proposta.

Assim, nos termos do art. 48 do CDC, que trata das negociações preliminares, as declarações constantes nos escritos particulares, recibos e pré – contratos “vincularão o fornecedor, ensejando inclusive execução específica”.

⁴⁷ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1.º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2.º - É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3.º - Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

⁴⁸ O próprio constituinte preocupou-se com a publicidade de produtos tidos como nocivos, ou de consumo controlado, ao dispor no art. 222, parágrafo 4.º que:

Art. 222. (...)

§ 4.º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

O art. 35, por sua vez, reserva as seguintes opções ao consumidor que foi vítima de descumprimento da oferta por parte do fornecedor: exigir o cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto ou prestação equivalente ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantias eventualmente pagas, corrigidas monetariamente e acrescidas de perdas e danos.

A boa-fé, na sua função integrativa, ainda encontra-se respaldada no art. 49 do CDC, que trata das contratações fora do estabelecimento comercial (vendas à domicílio, no trabalho...) ou por telefone.

É dever do fornecedor, ou daquele que estiver atuando em nome deste, informar corretamente não somente sobre as características do produto, mas sobre os dados do fornecedor, pois, como dispõe o Código, tem o consumidor o direito de desistir do contrato 7 dias após a assinatura do contrato ou do recebimento do produto.

É, dessarte, dever imposto pela boa-fé que o fornecedor viabilize meios de o consumidor exercer seu direito de arrependimento.

O dever de prestar garantia ao produto vendido ou serviço prestado, contemplado no art. 50 do CDC, também representa o cotejo à boa-fé integrativa (lealdade).

A função de controle da boa-fé implica que, no exercício de seus direitos, o fornecedor não exceda os limites por ela impostos, sob pena de cometer atos de abusivos, nos quais se configura manifesta desproporção entre as vantagens auferidas pelo fornecedor e os sacrifícios impingidos ao consumidor.

Essa função de controle da boa-fé encontra aplicação no art. 39 do CDC, quando este veda as práticas comerciais abusivas⁴⁹.

⁴⁹ Art. 39. –É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços dentre outras práticas abusivas:

- I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;
- II – recusar atendimento às demandas dos consumidores na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;
- III – enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;
- IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;
- V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;
- VI – executar serviço sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

Quaisquer das práticas comerciais abusivas, se levadas a efeito pelo fornecedor, consistirão em ato contrário à norma de ordem pública contida no Código. Logo, havendo dano decorrente destas práticas, garante-se ao consumidor direito a perdas e danos, não apenas de ordem patrimonial, mas também os de cunho moral (conforme o disposto no art. 6º, inciso VI, do CDC).

No que concerne à função interpretativa da boa-fé, esta impõe a correta interpretação das cláusulas contratuais. Um exemplo é o princípio da *interpretatio contra proferentem*, que, em caso de dúvida, manda interpretar contra quem redigiu a cláusula⁵⁰.

4.2 Igualdade real e eqüitatividade das prestações

O princípio da autonomia da vontade, em seu sentido clássico, pressupunha uma igualdade formal entre os contratantes, ignorando-se as desigualdades reais entre as partes, conforme pregava o Liberalismo jurídico.

Hoje é patente que, no Direito Civil, em matéria contratual, instaurou-se o princípio da igualdade real, material ou substancial entre as partes, que se define pelo corolário “tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais”.

A obtenção da tão almejada igualdade efetiva traduz-se na tentativa de redução das desigualdades, reconhecendo que há situações de preponderância de certos indivíduos sobre outros.

VII – repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII – colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO;

IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;

XI – aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido;

XII – deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério;

(...)

⁵⁰ NORONHA, op. cit., p. 156.

Nesse sentido, o legislador, ao editar o Código de Defesa do Consumidor, reconheceu a vulnerabilidade do consumidor.

A igualdade material consiste em permitir que os indivíduos possam interagir em semelhantes condições. É somente a partir desse tratamento, a ser conferido aos contratantes, que se poderá obter o equilíbrio das obrigações contratuais.

O equilíbrio entre prestação e contraprestação é que se traduz na chamada equidade contratual.

A noção de equidade contratual, compreendida como a obtenção do equilíbrio, é a realização da denominada “justiça contratual”. Contrato justo é aquele em que se verifica a mais exata correspondência, entre prestação e contraprestação, impedindo-se que a qualquer das partes seja imposto ônus, encargo ou outra obrigação, em detrimento de seus interesses e benefício exclusivo da outra parte⁵¹.

Para que se atinja a igualdade material, não basta que ela seja presumida, ou mesmo, que se reduza a uma igual oportunidade de contratar. Não é suficiente garantir a posição pré – contratual de “liberdade para contratar”. Mesmo porque, muitas vezes essa liberdade é aparente, e não retrata o que poderia caracterizar verdadeiro “estado de perigo” que acaba por impelir o indivíduo a contratar.

Isto porque, a justiça contratual que se pretende não é de cunho meramente formal⁵².

Nesta sorte, com base na hipossuficiência, deu-se um tratamento diferenciado ao consumidor. Diante do reconhecimento do superior potencial técnico e econômico do fornecedor, tornou-se preciso resguardar os direitos do contratante mais débil

⁵¹ Ibid, p. 218.

⁵² Fernando Noronha desenvolveu brilhante exposição acerca da correspondência entre as justiça formal e substancial. O citado autor entende que para que haja equilíbrio entre os princípios da autonomia privada, boa – fé e justiça contratual deve-se partir da idéia de que havendo justiça formal presumir-se-ia haver também justiça substancial. Embora pareça um contrasenso, o autor pretendeu tão somente conservar outros princípios considerados por ele como fundamentais para os contratos. Ou seja, deve-se procurar resguardar a liberdade de escolha das partes bem como a confiança que o negócio gerou em ambas. Todavia, prudentemente, o autor ressalva hipóteses nas quais mesmo havendo a “justiça formal”, de forma excepcional, não se presume a justiça substancial. Tais situações seriam as em que se vislumbresse lesão e estado de perigo, superveniente destruição da relação de equivalência e nos contratos chamados por ele padronizados e de adesão (NORONHA, ob. cit., ps. 221-249).

através de regras específicas. Essas normas são responsáveis pela redução das desigualdades reais, aproximando os patamares de negociação dos contratantes.

Assim, o artigo 6.º, inciso VIII, do CDC prevê, dentre os direitos básicos do consumidor, a inversão do ônus da prova em favor dele, caso seja verossímil sua alegação e seja ele hipossuficiente⁵³.

Não se trata de manutenção do equilíbrio contratual em si, mas de uma garantia legal de que o consumidor poderá pugnar por seus direitos em posição de igualdade.

Relaciona-se esta a tutela com uma noção de justiça contratual mais ampla, pois, de nada adiantariam normas que protegessem o equilíbrio interno do contrato se, na medida em que estas fossem desrespeitadas, o consumidor ficasse desamparado em eventual ação contra o fornecedor.

Ademais, entre as normas que objetivam o restabelecimento do equilíbrio contratual em si está aquela prevista no art. 6º, inciso V, do CDC. Trata-se de regra geral, que concede ao consumidor a faculdade de modificar cláusulas se estas estabelecerem prestações desproporcionais, ou quando, em virtude da ocorrência de fatos supervenientes, as cláusulas se tornem excessivamente onerosas.

Sua importância se revela nos contratos de adesão e nos contratos que contém cláusulas gerais de contratação.

Constatando-se que o fornecedor impõe obrigações incompatíveis com as condições do consumidor, ou, com a natureza do acordo, (por exemplo, no caso de

⁵³ O conceito de hipossuficiência é diverso do de vulnerabilidade. Segundo Antônio Herman de Bejnamin e Vasconcelos “O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável no mercado de consumo (art. 4.º, I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes. Protege-se, com esse dispositivo, através de tratamento mais rígido que o padrão, o consentimento pleno e adequado do consumidor hipossuficiente. A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores. A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão da inversão do ônus da prova (art. 6.º, VIII)”. (BENJAMIN, A H. V. e *in* GRINOVER, et al., ps. 313-314.

cobrança de juros excessivos, calculados com base em taxa acima da adequada para dado tipo de relação), o indivíduo prejudicado pode pleitear a modificação da cláusula contratual.

Na segunda parte do artigo 6.º, o legislador deixou expressa a possibilidade de revisão contratual quando, em virtude da ocorrência de fatos supervenientes, as cláusulas se tornem excessivamente onerosas.

O dispositivo retrata o acolhimento da teoria da imprevisão.

Considerando-se que o contrato pressupõe um conjunto de circunstâncias objetivas, cuja permanência é indispensável à sua economia, é preciso que tais circunstâncias se mantenham para que seja assegurada a estabilidade do negócio.

Larenz denominava esse conjunto de circunstâncias de “base negocial objetiva” a qual seria essencial para subsistência do contrato, sob pena de acarretar a destruição do equilíbrio contratual⁵⁴.

A superveniência de fatos só terá relevância, evidentemente, nos contratos de duração continuada, haja vista que, se a prestação for instantânea, deverá ser regida de acordo com as regras e condições do momento do adimplemento, que se confunde com o momento da própria celebração do contrato.

Situação verificada com frequência é aquela em que, dadas as oscilações do mercado e à alteração da taxa inflacionária, as prestações de contratos de financiamento para aquisição de bens duráveis (como por exemplo, para aquisição de automóveis) tornam-se excessivamente onerosas ao consumidor.

Quanto ao princípio da justiça contratual pode-se afirmar que advém de uma correta interpretação das cláusulas contratuais, consoante com a igualdade substancial, regendo este também a hermenêutica dos contratos de consumo.

O dispositivo que trata de um modo geral da interpretação contratual é o art. 47 do CDC, pelo qual fica estabelecido que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Identifica-se assim a condição de vulnerabilidade do consumidor.

⁵⁴ *Derecho de obligaciones*, cit., v.1, p. 314 e s., e *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*, trad., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, apud NORONHA, op. cit., p. 238.

Por cláusulas contratuais entende-se “todo e qualquer pacto ou estipulação negocial entre fornecedor e consumidor, seja pela forma escrita ou verbal, pela técnica de contrato de adesão ou de contrato de comum acordo”⁵⁵.

O legislador, ao optar por tutelar de forma mais efetiva uma das partes contratantes, não o fez arbitrariamente, senão movido por interesses de ordem pública.

No que diz respeito especificamente aos contratos de adesão, a norma se revela através do denominado princípio da *interpretatio contra proferentem*, segundo o qual as cláusulas serão interpretadas contra quem as elaborou.

Somente através da tutela da justiça contratual é que o contrato atingirá sua real finalidade, sem que haja desvios que favoreçam quaisquer das partes.

4.3 Cláusulas abusivas

O tema das cláusulas abusivas está profundamente relacionado à violação aos princípios da boa-fé e da justiça contratual.

Diante do fenômeno da massificação negocial, decorrente da atuação de um capitalismo agressivo, que não vê limites na sua busca pelo lucro, o legislador previu que facilmente os contratos realizados no mercado de consumo conteriam cláusulas que desequilibrariam a relação contratual⁵⁶.

Por isso, elencou rol de condutas absolutamente vedadas ao fornecedor de produtos e serviços.

⁵⁵ NERY, in GRINOVER, et al. op. cit., p. 475.

⁵⁶ Assim definiu Carlos Alberto Bittar a situação dos dias atuais: “Com efeito, dominado o mercado produtor e o sistema de distribuição por empresas de grande porte – que colocam seus produtos, em maior escala, por via de redes de distribuição indireta, chegando estes aos consumidores através de contratos pré – elaborados – é nula, ou reduzidíssima, a margem de participação volitiva dos adquirentes ou dos utentes na formação e na consecução dos negócios, na compra de bens de consumo, na fruição de serviços e em outras operações realizadas para a satisfação de suas necessidades normais. Ajusta-se a esse quadro a agressiva publicidade que se desenvolve por todos os veículos de comunicação existentes – em particular, pela mídia eletrônica – a acrescentar, diuturnamente, novos produtos e a despertar, assim, novos desejos e novos impulsos de compras à civilização atual, que, pela agitação, bem se poderia chamar-se de “civilização da ansiedade”. (BITTAR, op. cit., p. 115).

Muito embora a Lei 8078/90 não tenha definido expressamente o que vem a ser cláusula abusiva, ele indicou a abusividade em casos expressos, legando ao operador jurídico a tarefa de construir e interpretar o conceito.

Há aí um importante elemento de conexão entre o reconhecimento da abusividade da cláusula e a atuação do Poder Judiciário, em sua função de revisão dos contratos.

Anteriormente, já se inferiu que a expressão cláusula refere-se a toda e qualquer estipulação contratual entre fornecedor e consumidor, podendo ser estabelecida na forma escrita ou oralmente.

O art. 51 estabelece quais serão as cláusulas, *numerus appertus*, que inseridas em contratação de consumo serão taxadas de abusivas, tendo como consequência a nulidade de pleno direito. Claramente nota-se que se trata de rol exemplificativo, conforme se depreende da leitura do próprio artigo⁵⁷.

A situação mais comum é que a abusividade seja constatada nos contratos por adesão.

Ao mesmo tempo que esses contratos representam racionalidade e economia ao fornecedor, são um grande perigo ao consumidor, que não desfruta de condições para poder discutir o ajuste.

Todavia, o artigo 51, como se depreende da leitura do *caput*, abrange todas as técnicas contratuais, inclusive aquelas em que há discussão de cláusulas entre as partes.

⁵⁷ Tanto é assim que, recente Portaria n.º 5, de 27 de agosto de 2002, baixada pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, acrescentou outras cinco cláusulas abusivas ao rol do art. 51, a exemplo do que já acontecera com as Portarias do SDE- MJ 4/98 e 3/99. Dispõe A Portaria 5/02 que são consideradas abusivas a cláusula que:

“I – autorize o envio de nome do consumidor e/ou seus garantes, a bancos de dados e cadastros de consumidores, sem comprovação de notificação prévia;
 II – imponha ao consumidor, nos contratos de adesão, a obrigação de manifestar-se contra a transferência, onerosa ou não, para terceiros, dos dados cadastrais confiados ao fornecedor;
 III – autorize o fornecedor a investigar a vida privada do consumidor;
 IV – imponha em contratos de seguro – saúde, firmados anteriormente à Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, limite temporal para internação hospitalar;
 V – prescreva, em contrato de plano de saúde ou seguro – saúde, a não cobertura de doenças de notificação compulsória.”

A proteção geral do consumidor contra cláusulas abusivas foi erigida em direito básico, estando prevista no art. 6.º, inciso IV do CDC.

O caráter da abusividade da cláusula é concomitante com a formação do contrato, independente, para sua constatação, da ocorrência de fatos supervenientes. Difere, portanto, da “teoria da imprevisão”, albergada pelo art. 6.º, inciso V do Código.

Cláudia Lima Marques⁵⁸ vislumbrou dois caminhos para que se defina a abusividade: subjetivo e objetivo.

O critério subjetivo relaciona a abusividade com a figura clássica do abuso de direito. O fundamento principal da cláusula abusiva, segundo esse caminho, seria a atuação maliciosa do elaborador da cláusula, o qual abusa de um poder que lhe foi conferido. É o uso do direito subjetivo em desacordo com suas finalidades sociais.

O critério objetivo apegase à boa-fé, no sentido de lealdade e fidelidade aos deveres gerais de conduta.

A objetividade mostra-se mais de acordo com espírito protetivo do Código, pois, de acordo com esse critério, não importa se o indivíduo agiu culposa ou dolosamente ao inserir a cláusula abusiva. Têm mais relevância os efeitos da inserção de cláusula abusiva do que a intenção que moveu o fornecedor ao elaborar o instrumento contratual.

A consequência do reconhecimento da cláusula abusiva é sua nulidade de pleno direito.

Nelson Nery Junior⁵⁹ esclarece que as nulidades do Código de Defesa do Consumidor têm sistema próprio, não se confundindo com o sistema do Direito Civil em geral. Afastou-se a idéia de que as nulidades *pleno iure* não carecem de declaração judicial para produzirem seus efeitos (logo, a nulidade deve ser reconhecida judicialmente) e de que as nulidades absolutas precisam de sentença judicial para serem conhecidas. Aliás, não há separação entre nulidades absolutas e relativas. Pode-

⁵⁸ MARQUES, op. cit., 289-295.

⁵⁹ NERY, in GRINOVER, et al., op. cit., p. 490-491.

se pleitear a nulidade diretamente, através de ação direta, pela via da reconvenção, na contestação e ainda *ex officio*.

A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas tem efeitos constitutivos negativos. Sua eficácia opera *ex tunc*, pois o negócio jurídico de consumo, desde sua conclusão, já estava viciado. O que ocorre é apenas o reconhecimento judicial de circunstância fática anterior.

De acordo com o supra referido autor, como se trata de matéria de ordem pública, a alegação de nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas nos contratos de consumo não opera preclusão, podendo ser argüida no processo a qualquer tempo e grau de jurisdição. Da mesma forma, não tendo o Código fixado prazo para o exercício da ação, tem-se que esta é imprescritível.

Neste tema, o Código de Defesa do Consumidor consagrou o princípio subsidiário da conservação do contrato.

Extirpadas as cláusulas tidas como abusivas, deve-se procurar manter vigente as disposições restantes do contrato. É o que está previsto no parágrafo 2.º do art. 51⁶⁰. Somente o ajuste não terá mais validade se, da interpretação integrativa das cláusulas remanescentes, gerar prestação desproporcional a qualquer das partes.

Destarte, não obstante exista uma cláusula abusiva, deve-se proteger a finalidade do contrato, de modo a imprimir-lhe utilidade e operatividade.

4.4 Revisão judicial e controle do contrato de consumo

A possibilidade de o Poder Judiciário, bem como outros agentes estatais, intervirem no contrato relaciona-se com o advento de novas modalidades de contratação, que favoreceram a inclusão de cláusulas abusivas.

Neste passo, é no âmbito do Poder Judiciário que a atuação do Estado no controle do conteúdo contratual irá se destacar.

⁶⁰ Art. 51. (...)

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

Seria inócuo o Poder Legislativo elaborar os mais avançados textos legais se não houvesse meios coercitivos (quer judiciais, quer administrativos) para conferir eficácia a tais textos.

Assim, a função judicial é complementar aquela das demais esferas de competência. Incumbirá aos magistrados a tarefa de reequilibrar a relação contratual, quando algum dos contratantes abusar de seu poder de negociação.

Muito embora a revisão contratual seja encarada com ressalvas pela teoria contratual tradicional, devido ao fato de princípio do *pacta sunt servanda* ainda estar profundamente arraigado nos intérpretes contratuais, essa possibilidade está claramente prevista pelo Código de Defesa do Consumidor.

Com referência às relações de consumo, as hipóteses que podem ensejar revisão judicial são as mais amplas possíveis.

Configurada a onerosidade excessiva, decorrente de fatos imprevistos que modifiquem a base negocial objetiva, é possível se pleiteie uma conformação das prestações às novas circunstâncias (art. 6.º, inc. V, CDC).

A teoria da imprevisão lançou as primeiras bases doutrinárias no que toca à revisão judicial de contratos civis, superando a resistência de muitos ao fato de o juiz intervir na esfera de contratação privada.

Mister citar, a propósito, o entendimento da 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça: “É possível a revisão da cláusula de variação cambial nos contratos de arrendamento mercantil, em razão de fatos supervenientes que tornem as prestações excessivamente onerosas, sendo dispensável o requisito da imprevisibilidade do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor, conforme dispõe o art. 6º, inc. V do CDC”⁶¹.

⁶¹ Entendimento prolatado com base nos seguintes precedentes daquela Corte: 3ª T – AGRESP 374351 RS Decisão:30/04/2002 DJ:24/06/2002 (unânime) 3ª T – AGA 427740 RS Decisão:30/04/2002 J:17/06/2002 (unânime) 3ª T - RESP 361694 RS Decisão:26/02/2002 DJ:25/03/2002 (unânime) 3ª T - RESP 268661 RJ Decisão:16/08/2001 DJ:24/09/2001 (maioria) 3ª T - RESP 299501 MG Decisão:11/09/2001 DJ:22/10/2001 (maioria) 3ª T - RESP 331082 SC Decisão:04/10/2001 DJ:19/11/2001 (unânime) 3ª T - AGRMC 2902 RJ Decisão:26/10/2000 DJ:05/02/2001 (unânime)

Outra situação em que se verifica a revisão do contrato de consumo é quando não há, quando da formação do contrato, e não em virtude de fato superveniente, a equitatividade das prestações, caracterizando ausência de justiça contratual.

Essa hipótese encontra-se prevista também no art. 6.º, inc. V, do CDC, ao mencionar cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais.

O art. 51, que trata das cláusulas abusivas, assegura que a inserção destas no instrumento contratual dá ao consumidor direito de pugnar pela revisão, com a conseqüente declaração de nulidade da cláusula.

Observe-se que, na relação de consumo, não é somente a violação da justiça contratual (equitatividade) que pode embasar o reexame do contrato pelo juiz, mas também qualquer infração ao princípio da boa-fé.

Além do fato de a boa-fé ter sido consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor como um dos princípios fundamentais da relação de consumo, o art. 51, inc. IV estabelece expressamente que será considerada abusiva toda cláusula que seja “incompatível com a boa-fé”.

Emblemática, em matéria de revisão contratual, é a situação, constatada freqüentemente na atualidade, é aquele envolvendo contratos bancários de mútuo.

A polêmica surge, primeiramente, porque as instituições financeiras ainda relutam em aceitar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nesse tipo de contratos⁶².

Em segundo lugar, os bancos, valendo-se de sua superioridade econômica, e, da confortável posição de mutuante, em oposição ao mutuário necessitado de recursos financeiros, insere no corpo do contrato (geralmente formulários padrão) cláusulas abusivas.

As cláusulas contratuais, além de, na grande maioria das vezes, serem escritas com letras minúsculas e em termos que dificultam a compreensão do consumidor,

⁶² Contrariando tal entendimento, o denominado Código de Defesa do Consumidor Bancário (Resolução n.º 2878, de 26 de julho de 2001, do BACEN) enquadrando expressamente as atividades exercidas pelos bancos como relação de consumo, reforçando o que já havia sido disposto no art. 3.º, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor.

estabelecem obrigações desproporcionais e desarrazoadas, como cobrança de taxas abusivas, prática do anatocismo e cobrança de comissão de permanência indevida.

Aqueles que atuam na defesa das instituições bancárias alegam o clássico “*pacta sunt servanda*”, aduzindo ainda que o contratante tinha pleno conhecimento daquilo que assinava, obrigando-se por vontade livre e espontânea.

Entretanto, os Tribunais, em muitas dessas situações, têm atuado de forma paradigmática, permitindo a revisão do contrato firmado entre o particular e o banco. Nesse sentido, registram-se decisões do Tribunal de Alçada do Paraná⁶³.

Deve-se analisar o aspecto do controle do conteúdo dos contratos de consumo.

⁶³ Contrato bancário. Revisional. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação. Juros constitucionais. Comissão de permanência. Penhor mercantil de coisas fungíveis e consumíveis. Impossibilidade. 1. cabe a revisão de contrato bancário que contenha cláusulas abusivas contrárias ao código de defesa do consumidor e a lei, desde que não caracterizada a novação; 2. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários; 3. A norma prevista no art. 192; 3. Da Constituição Federal é auto-aplicável; 4. A comissão de permanência constitui acessório ilíquido do título executivo. 5. ineficaz o penhor mercantil de coisas fungíveis e consumíveis. Recurso parcialmente provido. (Brasil, Tribunal de Alçada do Paraná, Apelação Cível 0122091-7 - Londrina - 8a Vara Cível - Ac. 10313. Juiz Ruy Cunha Sobrinho - Quarta Câmara Cível - Revisor: Juiz Conv. Jurandyr Souza Junior. Unânime - Julg: 28/10/98 - DJ: 13/11/98)

Ação revisional de contratos bancários reunida com embargos a execução - Código de Defesa do Consumidor - prova pericial - indeferimento - cerceamento de defesa - agravo provido. 1. Sendo os bancos comerciantes, se enquadram como fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo (artigo 3, caput e seu parágrafo 2, do Código de Defesa do Consumidor), enquanto os tomadores de crédito bancário ou usuários de quaisquer serviços prestados pelas instituições financeiras são consumidores, ainda que por equiparação, abrangidos pelo disposto no artigo 29 da mesma lei. 2. Este caso, com o indeferimento da prova pericial requerida, configurado restou o cerceamento de defesa dos direitos da agravante, porque o litígio não se restringe ao contrato exequendo, mas abrange a revisão de cláusulas de vários contratos celebrados sucessivamente, caracterizando a continuidade negocial, de tal modo a permitir a análise dos contratos anteriores, ainda que já liquidados, pois, se for constatada ilegalidade na cobrança de encargos pelo credor, poderá ser reconhecido o direito de repetição de indébito, que também integra o pedido (Brasil, Tribunal de Alçada do Paraná, Agravo de Instrumento 0149776-9 - Ipiranga - Ac. 12631. Juiz Domingos Ramina - Terceira Câmara Cível - Julg: 22/02/00 - Dj: 17/03/00).

Nesse sentido ainda cite-se as seguintes decisões: Brasil, Tribunal de Alçada do Estado do Paraná - Agravo de Instrumento 0164519-0 - Curitiba - - Ac. 13614. Juiz Conv. Jurandyr Souza Junior - Segunda Câmara Cível - Julg: 07/02/01 - DJ: 16/02/01; Apelação Cível 0171066-5 - Cambora - - Ac. 14663 Juiz Conv. Jurandyr Souza Junior - Segunda Câmara Cível - Revisor: Juiz Cristo Pereira - Julg: 22/08/01 - DJ: 05/10/01.

A expressão controle significa uma atividade preventiva, não necessariamente judicial.

Destaca-se, nessa atividade de controle, o papel que vem sendo exercido pelo Ministério Público.

Muito embora o Presidente da República, quando da aprovação da Lei 8.078/90 tenha vetado o parágrafo 3.º do art. 51, que permitia um controle administrativo realmente prévio, mediante a utilização do inquérito civil público, conservou-se relevante a atuação do Ministério Público.

O parágrafo 4.º do art. 51 assegura ao *Parquet* a prerrogativa de, a requerimento do consumidor, ou de qualquer entidade que o represente, ajuizar ação para ser declarada nulidade de cláusula contratual que contrarie as disposições do Código que de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Defenderá o Ministério Público direito que, em tese, se poderia classificar de privado, mas que, no sistema do Código, é considerado pela lei como de interesse social (art. 1.º, CDC).

A legitimidade do Ministério Público para a defesa do consumidor em juízo está assegurada pelo art. 129, IX da Constituição. Sua atenção visa o controle abstrato de cláusulas constantes em contrato formulário, de forma a prevenir que os consumidores venham a ser prejudicados.

Na mesma linha, cabe ressaltar a função de “ouvidoria”, que têm assumido as Promotorias do Consumidor, recebendo as queixas da comunidade e atuando no sentido de fiscalizar as irregularidades atinentes à relação de consumo.

5. CONCLUSÃO

O Liberalismo jurídico foi forjado com base nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, os quais, no entanto, somente foram úteis na defesa dos interesses da classe burguesa, pois, para a esmagadora maioria camponesa nada representavam. A esta categoria de indivíduos restava contentar-se com os abstracionismos propagados pela doutrina liberal.

A teoria contratual clássica positivou no ordenamento o Liberalismo econômico, erigindo à categoria de dogma o princípio da autonomia da vontade.

Com a Revolução Industrial, entretanto, a sociedade ocidental teve seus perfis drasticamente alterados.

O aparecimento das fábricas deslocou o centro da economia do campo para as cidades. Os bens passaram a ser produzidos em grande escala. Paralelamente, a sociedade dividiu-se em duas classes: os operários e os industriais. A massa operária, além de constituir-se em força de trabalho, formou também os grandes mercados consumidores.

Em virtude do incremento na produção, as relações massificaram-se, tornando-se preciso dinamizar e racionalizar o intercâmbio de mercadorias. A solução encontrada foi instituir-se os contratos de massa.

Surgiram novas técnicas contratuais, caracterizadas pela predisposição prévia e unilateral de cláusulas, destinadas a um número indeterminado de possíveis contratantes.

Essa forma de contratar, da qual contrato de adesão é um dos exemplos de maior destaque, passou a ser largamente utilizada.

Não restou outra alternativa ao indivíduo, necessitado de produtos e serviços, senão aceitar as imposições do mercado. Mesmo porque a opção entre contratar ou não, diante da imprescindibilidade da prestação, era mera ilusão.

Instaurou-se um profundo desequilíbrio entre as partes contratantes.

O Estado viu-se obrigado a intervir nas relações privadas, exatamente para contrabalançar a desigualdade entre os proprietários dos meios de produção, que

impunham as regras de acordo com seus interesses, e a maioria da população, que se via sujeita a tais imposições.

Simultaneamente, o contexto sócio – político da Europa favorecia a intervenção estatal. Finda a Primeira Guerra Mundial, a sociedade encontrava-se em estado de calamidade, requerendo uma postura mais dinâmica do Estado. Diante dos anseios de estabilidade e paz social, e da precípua necessidade de reerguimento da economia desses países arrasados pela guerra, o Estado tomou a forma de um *Welfare State*, cujas características foram o intervencionismo e o dirigismo na vida privada.

Observa-se então que o princípio clássico da autonomia da vontade sofreu um duplo impacto: primeiro, com o advento das contratações em massa, que, se não eliminavam a manifestação de vontade do contratante mais fraco, praticamente a anulavam; e, num segundo, momento, a autonomia da vontade passou a sofrer restrições de ordem pública, impostas pelo Estado, no sentido de recuperar o equilíbrio contratual, abalado exatamente pelas novas técnicas contratuais.

A realidade brasileira se mostrou um tanto diversa daquela constatada na Europa.

O Brasil, tendo apresentado uma conturbada história política desde sua formação como país independente, jamais chegou a ser totalmente liberto da dependência econômica externa. Além disso, a herança deixada pelos longos anos de espoliação, sofrida pelo país na condição de colônia, foi uma sociedade marcada pela exclusão social.

Neste passo, os modelos políticos, e mesmo jurídicos, estrangeiros não não logravam boa adaptação ao contexto brasileiro.

Desta forma, o processo de massificação negocial aqui se verificou tardiamente, apenas quando a atividade industrial tornou-se expressiva.

Hoje, todavia, não há como se negar que, não só nacionalmente, mas em todo o mundo ocidental, as relações em massa, de maneira quase absoluta, regem o mercado de consumo.

A relação de consumo se utiliza das mais variadas técnicas contratuais: contratos de adesão, contratos sujeitos à condições gerais de contratação e até mesmo as chamadas “condutas socialmente típicas”.

Em virtude da proliferação das relações de consumo em massa, o Estado brasileiro não permaneceu inerte. A Carta Magna de 1988 lançou os pilares para a edição de uma legislação específica, que “promovesse a defesa do consumidor”.

Interessante observar que a edição da Lei 8.078/90 não coincide com um período de legítimo “intervencionismo estatal”, na forma como foi concebido na Europa. Ao contrário, paradoxalmente, ao mesmo tempo que o Estado brasileiro procurou intervir nas relações de consumo, pretendendo harmonizar as relações entre fornecedores e consumidores, retirava-se de vários outros setores, como resultado da adoção das chamadas políticas neoliberais.

A par dessas considerações últimas, o Código de Defesa do Consumidor representou grande avanço na tratativa da matéria contratual de consumo.

Buscando resguardar o consumidor de sua posição de vulnerabilidade, o Estatuto insere vários princípios que têm por desiderato reduzir o desequilíbrio na relação de consumo, e que acabam por flexibilizar princípios clássicos como o *pacta sunt servanda*, a igualdade formal, e, principalmente, a autonomia absoluta da vontade.

Os princípios de ordem pública podem ser extraídos de diversos dispositivos do Código, convindo ressaltar sua presença no art. 4.º e seus incisos, que estabelece a Política Nacional das Relações de Consumo, e, no art. 6.º e seus incisos, que trata dos direitos básicos do consumidor.

Entre os princípios que devem nortear a relação de consumo, merecem destaque a boa – fé e a justiça contratual.

Esses princípios são fundamentais para que se possa funcionalizar o contrato de consumo, dentro de uma perspectiva de justiça social.

A boa –fé objetiva é a responsável por imprimir aos contratantes uma conduta leal, de acordo com padrões de lisura e honestidade. É, dessarte, a boa – fé que, por exemplo, impõe a clareza e correção das informações, a vinculatividade da oferta, o

dever de evitar a publicidade agressiva e também determina a garantia dos produtos e serviços.

Por sua vez, a justiça contratual impõe o efetivo equilíbrio das prestações, devendo-se ater às desigualdades reais entre consumidor e fornecedor. Pretendendo a equitatividade das prestações é que o legislador estabeleceu rol, extenso mas não taxativo, de cláusulas abusivas, cuja inserção enseja nulidade apenas de referida cláusula, preservando-se, na medida do possível, o restante do contrato.

Abre-se ampla margem de revisão contratual pelo Poder Judiciário, o qual está autorizado a agir, quer por provocação da parte interessada, quer do Ministério Público, em determinadas situações, quando as prestações forem desproporcionais ou abusivas.

Percebe-se, então, através do exame da relação de consumo, que esta retrata a superação do modelo contratual clássico.

Isto porque, na quase generalidade dos casos, envolve relações de massa, quer através de contratos de adesão, quer através de condutas socialmente típicas.

Assim, a vontade, particularmente a do predisponente, passa a estar sujeita a restrições de interesse público, impostas pelo Estado através da legislação.

Não obstante o contrato de adesão implique inúmeras restrições à autonomia privada, ele conserva sua natureza de vínculo obrigacional, fazendo surgir prestações e contraprestações recíprocas.

É peculiar às relações de consumo privilegiar valores sociais que se contrapõem aos princípios clássicos, como a boa-fé e a justiça contratual, derogando o rigorismo do *pacta sunt servanda* e a presunção de igualdade formal entre as partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS MONTEIRO, W. **Curso de Direito Civil V. I.** 31^a ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- BARROSO, L. R. **Temas de Direito Constitucional.** São Paulo; Renovar, 2001.
- BITTAR, C. A. **Os contratos de adesão e o controle das cláusulas abusivas** (obra coletiva). São Paulo: Saraiva, 1991.
- BITTAR, C. A. (coordenador). **Contornos atuais da teoria dos contratos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BONAVIDES, P. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CANCLINI, N. G. **Consumidores e Cidadãos – conflitos multiculturais da globalização.** Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1997.
- DONNINI, R. F. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1999.
- FACHIN, L. E. **Introdução Crítica ao Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. **A Ciência do Direito.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- GOMES, O. **Contratos.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.
- GRINOVER, A. P. (et al). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto.** 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- LISBOA, R. S. **Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MANDELBAUM, R. **Contratos de adesão e contratos de consumo.** São Paulo: Revista das Tribunais, 1996.
- MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MIAILLE, M. **Introdução Crítica ao Direito.** 2^a ed. Lisboa, 1994.

MILHÔMENS, J. e ALVES, G. M. **Manual prático dos contratos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOTA PINTO, C. A. da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra, 1995.

NALIN, P. **Do contrato: conceito pós – moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

NETO LÔBO, P. L. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

NORONHA, F. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: (autonomia privada, boa – fé e justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUES, S. **Direito Civil V. 3 – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

SILVA PEREIRA, C. M. da. **Instituições de Direito Civil, V. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA PEREIRA, C. M. da. **Instituições de Direito Civil, V. III**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUZA RIBEIRO, J. de. **O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.

WOLKMER, A. C. **Ideologia, Estado e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.